العرف المسكوت عنه في الفقه الإسلامي

(The Undeclared Custom of Islamic Law)

فخرالدين سيدمحمد قانت *

Abstract

We do many things according to the practice of our society. If this practice or custom is not against the Islamic values stated in the Holy Qur'ān or *ḥadīth* it will not be prohibited. This phenomenon is called *al-urf* "Custom" in Islamic jurisprudence. The following article is about one of the kinds of *al-'urf*. First of all the *'urf* has been defined, both lexically and conventionally. Then its types are elaborated and explained with focusing on its one type known as: *al-'urf al-maskūt 'anhu* "the implicit or undeclared custom". Finally the evidence of this kind of *'urf* has been provided from the Holy Qur'ān and *Sunnah* and its different conditions have been explained.

يطلق العرف في اللغة على عدة معان منها : ما هو حقيقي ، ومنها ما هو مجازي، فالمعاني الحقيقية تنبئ عن الظهور والوضوح والارتفاع ، فنقول : الشيء الفلاني معروف، إذا كان ظاهرا واضحا ، ويطلق أيضا على عمل الخير من قولٍ أو فعلٍ ، ويطلق على العمل المستحسن[1] ومن ذلك قول الله تعالى '' قول معروف و مغفرة خير من صدقة يتبعها أذى ، والله غني حليم ''[2]

وقوله تعالى '' والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج فإن خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف والله عزيز حكيم''[3]

يقول ابن فارس : أن لمادة الكلمة ''ع ر ف'' أصلان صحيحان :

يدل الأول على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض ، ويدل الثاني على السكون والطمأنينة . وقد رد أغلب الألفاظ ذات المادة المذكورة إلى المعنيين المذكورين[4]

معنى العرف اصطلاحا :

أقدم ما قيل في تعريف العرف اصطلاحا ما ينسب للنسفي في كتاب ''المستصفى''وذلك بقوله : ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول[5] و ذلك حسب استقراء أبي سنة

* قسم الفقه والقانون، كلية الشريعة ، جامعة ننجرهار

, و كل ما جاء بعده عالة عليه في ذلك[6] ولتمام البحث لا بد من تعريف العادة كونها تذكر غالبا مع العرف .

تعريف العادة

للعلماء في تعريف العادة اتجاهان :

الإتجاه الأول . يرادف معنى العرف , يقول ابن عابدين ''العادة والعرف بمعنى واحد من حيث المقاصد وإن اختلفا من حيث المفهوم''[7]

وهذا الاتجاه لا يتناول العادات الفردية , فهو غير جامع , إذ إن الفقهاء بنوا بعض الأحكام على عادات الأفراد أيضا[8]

الإتجاه الثاني . وأفضل ما يمثله , تعريف ابن أمير الحاج إذ يقول : " إن العادة هي الأمرالمتكرر[9] من غير علاقة عقلية[10]

و هذا التعريف شامل للقول و الفعل معا ، و لكل أمر يحصل مرة بعد أخرى ، إن لم تكن علاقته عقلية ، لأن ما كانت علاقته عقلية كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة لا يعتبر من قبيل العادات[11] فكل ما تكرر و لم تكن علاقته عقلية هو عادة ، سواء كان صادرا من الفرد أو من الجماعة ، و سواء كان مصدره أمرا طبيعيا كحرارة الإقليم و برودته المؤثرتين في إسراع البلوغ و ابطائه[12] أو ما كان مصدره الأهواء و الشهوات كأكل أموال الناس بالباطل ، و كالفسق و الظلم وغيرها، أو كان مصدره حادثا خاصا كفساد الألسنة من اختلاط العرب بغيرهم .

معنى العرف المسكوت عنه

يلاحظ من خلال التعاريف السابقة للعرف و العادة أنها لم تتطرق لموضوع مواءمة العرف للشرع أو عدمها ، و إنما اكتفت بكون العقول و الطباع السليمة تلقت تلك الأعراف و قبلتها ، و بالتالي فهي شاملة لما كان معتبرا و غير معتبر شرعا ، وكذلك لما لم يقم دليل على اعتباره أو إلغائه .

و هذا الأخير هو العرف المسكوت عنه ، و يظهر من تقسيم الشاطبي العادات بالنظر إلى اعتبار الشارع لها أو عدمه إلى ثلاثة أقسام[13] هي :

القسم الأول:

عوائد قام الدليل الشرعي على اعتبارها ، فأمر بها إيجابا أو ندبا ، أو أذن فيها فعلا و تركا ، كالأمر بإزالة النجاسات .

القسم الثاني:

عوائد قام الدليل الشرعي على عدم اعتبارها فنهي عنها كراهة أو تحريما ، كنهي الناس عن الطواف بالبيت و هم عراة .

القسم الثالث:

عوائد لم يقم بنفيها و لا إثباتها دليل شرعي ، و هذا القسم محل الدراسة و البحث، إذ عدم قيام دليل على اعتبار أو الإلغاء هو سكوت عن حكم تلك العادات .

و بناء على ما تقدم يمكن تعريف العرف المسكوت عنه بأنه : ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطبائع السليمة بالقبول ، و لم يقم دليل شرعي يشهد له بالاعتبار أو الإلغاء .

حكم العرف المسكوت عنه

المقصد من هذا المطلب بيان حكم العرف المسكوت عنه ، بمعنى هل يرد إلى العرف المعتبر أو إلى العرف الملغى أم أنه لا حكم له ؟ مع أنه لا يجوز خلو مسألة ما عن حكم شرعي .
و عليه فإن العرف المسكوت عنه إما أن يكون مخالفا للأدلة الشرعية , و إما أن يكون غير مخالف , فإن كان مخالفا اعتبر عرفاً ملغى , و إن كان غير مخالف كان عرفاً صحيحا[14]

أدلة و شروط العرف المسكوت عنه

أدلة العرف المسكوت عنه

الاحتجاج بالعرف و العادة عموما من الأمور المتفق عليها بين المذاهب الأربعة , وليس العرف المسكوت عنه إلا قسما من أقسام العرف . و قد استدلوا لحجية العرف بأدلة من القرآن والسنة , و فيما يلي عرضها و مناقشتها :

أولاً – من القرآن الكريم :

أ۔ قوله تعالى '' خذ العفو و أمر بالعرف ''[15]

وجه الاستدلال :

إن الله تعالى أمر نبيه بالأمر بالعرف , فدل على اعتباره , إذ لو لم يكن معتبراً لما كان للأمر به فائدة[16]

مناقشة الاستدلال :

إن العرف الوارد في الآية ليس ما سبق بيانه في اصطلاح الفقهاء و الأصوليين , فقد فسر العلماء العرف الوارد في الآية تارة بأنه كل ما أمرك الله تعالى به , و عرفته بالوحي[17] و تارة بأنه المعروف من الإحسان , و أن تعفو عمن ظلمك و تعطي من حرمك , و تصل من قطعك، و قيل : إنه كل خصلة حسنة ترتضيها العقول , و تطمئن لها النفوس[18]

ب۔ أحال القرآن الكريم التقدير المتعلق ببعض الأحكام على العرف و العادة , ومن ذلك على سبيل المثال :

1. قوله تعالى '' و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها''[19] فقد فسر المعروف في هذه الآية بما يتعارفه الناس , يقول الجصاص قوله تعالى " بالمعروف " يدل على أن الواجب من النفقة و الكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره و يساره إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه و يمكنه و لا إلزام الموسر الشيء الطفيف[20]

2. قوله سبحانه و تعالى في كفارة اليمين ''فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ''[21]

قال ابن العربي : " و قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي , و إنما أحاله الله سبحانه على العادة"[22]

وجه الاستدلال :

إن الآية الكريمة لم تبين لنا المقدار الواجب في الكفارة , و إنما أحالت ذلك إلى المعتاد و المتعارف بين الناس , و هذا يختلف بحسب الزمان والمكان[23]

ثانياً – من السنة المطهرة :

أ- ما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن هنداً زوجة أبي سفيان قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أباسفيان رجل شحيح , فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرا ؟ قال : '' خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ ''[24]

وجه الاستدلال:

أن المعروف في الحديث قد فسر بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس , أي القدر الذي علم بالعرف و العادة أنه يكفي الزوجة و يقوم بحاجتها حسب المألوف المعروف[25]

ب- قول ابن مسعود ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن[26]

وجه الدلالة :

يدل هذا القول على أن كل ما رآه المسلمون حسنا فإنه يكون محكومًا بحسنه عند الله تعالى , فإذا اعتاد المسلمون شيئا فإنه يكون حقا لا باطلاً[27]

شروط العرف المسكوت عنه

إن شروط الاحتجاج بالعرف المسكوت عنه هي ذاتها شروط الاحتجاج بالعرف عموما , و تنقسم شروط الاحتجاج بالعرف المسكوت عنه إلى قسمين :

أولاهما – ما يتعلق بذات العرف

و الثاني – ما يتعلق بالواقعة التي سيحكم بها العرف

القسم الأول – الشروط المتعلقة بذات العرف

الشرط الأول:

أن يكون العرف مطردا أو غالباً , قال ابن نجيم : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت , أو غلبت"[28]
و قال السيوطي : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت , فإن اضطربت فلا"[29]

و يقصد بالاطراد : الشيوع و الاستفاضة بين جميع الناس , أو بين أهل الإقليم , أو بين أصحاب الحرفة , فإذا جرى العرف على تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل فإنه لا يكون مطردا إلا إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح , و أما المقصود بالغلبة : فهو أن تكون القاعدة معروفة في الأكثرية أي أنها لا تتخلف كثيرا[30] بأن يكون جريان أهل العرف عليها حاصلاً في أكثر الحوادث[31]

الشرط الثاني :

أن يكون عاماً في جميع بلاد الإسلام , و هذا الشرط مما اختلف فيه, فالراجح في المذهب الحنفي اعتباره شرطا[32]

والذي يظهر أن هذا ليس على إطلاقه , لأنهم اعتدوا بالأعراف الخاصة فحكموها في الاختلاف في متاع البيت , و في دخول العلو في بيع البيت أو عدم دخوله , ونصوا على أنه يعتبر في كل إقليم و في كل عصر عرف أهله[33]

أما الشافعية فالذي يظهر من مذهبهم الأخذ بالعرف الخاص في الموضع الذي عم فيه[34]

الشرط الثالث:

أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف الذي سيحكم فيه , بأن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف , ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه سواء كان ذلك التصرف قولا أو فعلا[35]
قال السيوطي : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر[36]

القسم الثاني – الشروط المتعلقة بالواقعة التي سيحكم بها العرف

الشرط الأول:

أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه , قال العز بن عبد السلام : "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد الصحيح"[37]

الشرط الثاني:

أن تكون الواقعة المراد تحكيم العرف بها خالية من الحكم الشرعي الخاص و الثابت بالنص أو الإجماع , فإن خالف العرف النص الشرعي سقط اعتباره , و لم يصح تطبيقه , قال السرخسي : " و كل عرف ورد النص بخلافه فهو غيرمعتبر"[38] لأن النص أقوى منه . و الأقوى لا يترك بالأدنى , و لأن العرف جاز أن يكون على باطل , والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل , و لأن حجية العرف على الذين تعارفوه و التزموه فقط و النص حجة على الكل فهو أقوى , و لأن العرف صار حجة بالنص[39]

الهـــــوامش

[1] - لسان العرب , لابن منظور : مادة عرف 240/9

[2] – البقرة/263

[3] – البقرة / 240

[4] – مقاييس اللغة لابن فارس 281/4

[5] – العرف و العادة في رأى الفقهاء لأبي سنة ص ٨

[6] – انظر على سبيل المثال : إذ عرفه بأنه :" ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول , و تلقته الطبائع بالقبول " التعريفات ص 130و زكريا الأنصاري " ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول , و تلقته الطبائع بالقبول" الحدود الأنيقة ص 72 .و قال الكفوي هو : ما استقر في النفوس من جهة شهادة العقول , و تلقته الطبائع السليمة بالقبول" الكليات ص 617

[7] - نشر العرف ص ٣ , و الجرجاني في التعريفات , ص ١٣٠

[8] – الأشباه والنظائر , لابن نجيم ص ٩٣

[9] – لا يوجد حد معين للتكرار الذي تثبت به العادة عند الفقهاء , راجع في معرفة بعض هذه الضوابط في الأشباه و النظائر للسيوطي ص 99-101 , و الأشباه و النظائر لابن النجيم ص 94

[10] - التقرير و التحبير 282/1

[11] - و إنما هو من قبيل التلازم العقلي ، كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره ، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها ، كتحرك الخاتم بحركة الاصبع و تبدل مكان الشيء بحركته ، فهذا مهما تكرر لا يسمى عادة .

الزرقاء ، المدخل الفقهي36

[12] - العرف و العادة ص 11

[13] - الموافقات 283/2-297

[14] - العرف و العادة لحسنين ص 71

[15] - الأعراف / 199

[16] - الفروق للكرابيسي 149/3

[17] - تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني للآلوسي 147/9

[18] - الجامع لأحكام القرأن للقرطبي 346/7

[19] - البقرة/233

[20] - أحكام القرآن 105/2

[21] - المائدة /89

[22] - أحكام القرآن 289/4

[23] - فتح القدير للشوكاني 71/2

[24] - أخرجه البخاري في صحيحه , كتاب البيوع , باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون برقم 2097

[25] - فتح الباري لابن حجر 510/9

[26] - أصح ما قيل في هذا الحديث أنه موقوف على ابن مسعود .

كشف الخفاء 245/2

[27] - الإحكام للآمدي 138/1 , أثر الأدلة المختلف فيها ص 274

[28] - الأشباه و النظائر ص 94

[29] - الأشباه و النظائر ص 101

[30] - العرف و العادة لأبي سنة ص 56

[31] - المدخل الفقهي العام للزرقاء 870/2

[32] - الأشباه و النظائر لابن نجيم ص 102

[33] - نشر العرف لابن عابدين ص 30

[34] - الأشباه و النظائر للسيوطي ص 112

35 - العرف و العادة لأبي سنة ص 65
36 - الأشباه و النظائر ص 106
37 - قواعد الأحكام 158/2
38 - المبسوط 196/12
39 - فتح القدير 282/5-283

المصادر و المراجع

1. الأشباه و النظائر زين الدين إبراهيم ابن نجيم, ط1,1993م
2. الأشباه و النظائر للسيوطي , ط 1,دارالكتب العلمية , بيروت 1403هجري
3. التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني , ط 1 , دارالكتاب العربي , بيروت 1405 هجري
4. تفسير القرآن العظيم لشهاب الدين محمد الآلوسي دار إحياء التراث الإسلامي , بيروت , 1980م
5. التقرير و التحبيرفي علم الأصول , لابن أمير الحاج محمد بن محمد , ط 1 , دارالفكر , بيروت 1996م
6. الجامع لأحكام القرأن محمد بن أحمد بن أبي بكرالقرطبي, ط2 , دارالشعب , القاهرة , 1372هجري
7. الحدود الأنيقة و التعريفات الدقيقة لزكريا بن محمد الأنصاري , ط 1 , دارالفكر , بيروت 1411هجري
8. صحيح البخاري الجامع الصحيح لمحمد إسماعيل , ط3 , دار ابن كثير , بيروت 1407 هجري
9. العرف و العادة في رأى الفقهاء لأحمد فهمي ,أبو سنة,ط2,القاهرة
10. فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير للشوكاني , دارالفكر , بيروت
11. الفروق , أسعد بن محمد الكرابيسي , ط1 , منشورات وزارة الأوقاوف الإسلامية , الكويت 1402هجري
12. قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعزالدين عبدالسلام , دار الكتب العلمية , بيروت
13. لسان العرب محمد بن مكرم ابن منظور , ط2 , دار إحياء التراث العربي , بيروت
14. المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ,ط2 , دمشق
15. المبسوط لشمس الدين السرخسي , دار المعرفة , بيروت 1406هجري
16. مقاييس اللغة لحسين أحمد ابن فارس , دارالجيل 1991م , ط1 , بيروت
17. الموافقات في أصول الفقه للشاطبي , دار المعرفة , بيروت